16



N. SEñORA DE EL VALLE de Ezija.

P O R

EL CONVENTO, Y RELIGIOSAS DE SANTA YNES la Real de la Ciudad de Cordova.

Y P O R

EL LIC. D. LVCAS DE YLLESCAS, PRESBYTERO, Y el Lic. D. Juan Castellanos de Herrera, vezinos de la Ciudad de Ezija.

EN EL PLEYTO CON

DOñA CATALINA DE GVZMAN Y ESCALERA, viuda de Don Pedro de Aguilar Ponce de Leon, vezina de dicha Ciudad.

S O B R E

LA VALIDACION DE LOS CENSOS, Y obligaciones que la dicha Doña Catalina otorgò à favor de los susodichos, juntamente con el dicho su marido.

N.1. PRetenden el Convento, y demas consortes, que V.S. se sirva de revocar la sentencia de la Justicia de la Ciudad de Ezija, dada en dicho pleyto, con parecer de el Lic. D. Fernando de la Muela, Abogado en esta Corte, en que declarò por nulas las obligaciones hechas por la dicha Doña Catalina de Guzman, y condenò al Lic. D. Lucas de Yllescas à la restitucion del molino, y olivar contenido en los autos, absolviendo à los susodichos de la pretension contraria, y declarando, en caso necessario, por validas las dichas obligaciones.

2 El hecho de este pleyto es tan dilatado, que fueran menester muchos pliegos para repetir sus circunstancias, por lo qual, y porque muchas de ellas son impertinentes, escusarèmos el cansar a V.S. bolviendolas a referir, contentandonos con epilogar la substancia de el en breves clausulas.

3 Reducese, pues, à pretender Doña Catalina de Guzman, se declaren por nulas las obligaciones que otorgò à favor de estas partes, juntamente con el dicho su marido, y que se condene al Lic. D. Lucas de Yllescas à la restitucion del molino, y olivar que la susodicha traxo en dote, quando contraxo matrimonio: y para obtener ha intentado probar, que para su otorgamiento fue atemorizada, y violentada por el dicho su marido, que las obligaciones no se convirtieron en su vtilidad, y que quedò enormissimamente lesa, y damnificada, sobre que hizo probança ante el inferior, que en su lugar tocarèmos la calidad de ella.

4 Añadiendo, que el contrato de la venta de las 500. y tantas cabeças de ganado cabrio, que Gaspar Fernandez Castellanos hizo à los referidos marido, y muger, fue ilicito, y vsurario; y que por aver vendido dicho credito el dicho Gaspar al Lic. Yllescas, con las mis-

mas

mas condiciones que celebrò, fue participe de la misma injusticia, y vsura.

5 Con estos pretextos saliò intentando se le avia de dar primer lugar, y grado en el concurso que se formò al dicho molino, y olivar al tiempo que la susodicha, y su marido estavan en las Canarias, alegando, que dicho concurso contuvo diferentes nulidades, y defectos; y que assi no le podia perjudicar, imbolviendo en su pretension diversas contrariedades, y acciones opuestas.

6 A cuya pretension salieron oponiendose el Convento, y consortes, alegando sus excepciones; y substanciado el pleyto, se pronunciò la sentencia que và referida, de la qual se apelò por estas partes, y traìdos los autos à esta Corte, y alegado de la justicia, se ha hecho probança por los acreedores (que en su lugar assimismo tocarèmos) y con ella està concluso, y visto el pleyto en vista.

7 Supuesto este hecho, y remitiendonos en sus circunstancias al discurso de este papel à donde fuere precisso tocarlas, dividirèmos la defensa de estas partes en cinco Articulos.

8 En el primero fundarèmos, que la dicha Doña Catalina de Guzman incurriò en pena de perjuro, por averse opuesto à las dichas obligaciones que corroborò con juramento, sin aver ganado relaxacion de èl; y que estas penas no se resanan por la que obtuvo despues de la litis contestacion, y los efectos que de ello resultan.

9 En el segundo, procurarèmos mostrar la validacion, y firmeça de las dichas obligaciones, y contratos.

10 En el tercero excluirèmos el miedo, y violencia que la dicha Doña Catalina ha intentado probar, assi por no estar justificado, como por derecho se requiere, como porque no estamos en terminos que le

pue-

pueda aprovechar ſemejante excepcion ; y tambien ſe ſatisfarà à la indotacion.

11 En el quarto manifeſtarèmos la juſtificacion del contrato de venta de Gaſpar Fernandez , y el Licenc. Ylleſcas, y que no padece vſura , ni injuſticia alguna.

12 Y en el quinto, y vltimo, q̃ quando ceſſara todo lo referido, la dicha Doña Catalina eſtà ſatisfecha de ſu dote, ò de la mayor parte de èl ; con los bienes que quedaron por muerte de ſu marido, que la ſuſodicha ha ocultado , y en los quales debe hazer excuſion antes de venir contra eſtas partes, y darèmos ſatisfacion à la informacion, è inſtrumentos por donde ha querido juſtificar no quedò caudal al tiempo de dicha muerte. Y antes de paſſar à dar principio à la juſticia principal de eſtas partes, no eſcuſamos acordar à V. S. (por la inſtancia que en eſtrados ſe hizo ſobre la nulidad del concurſo , por defecto de citacion perſonal) que eſte ſe ſubſtanciò legitimamente, y ſin vicio alguno con defenſor, atendiendo à la auſencia de Doña Catalina, y ſu marido en las Canarias, en conformidad de lo prevenido por la *l.* de partida 12. *tit.* 2. *p.* 3. ibi : *Vegadas ya que non ſon en la tierra aquellos contra quien el demandador quiere fazer ſu demanda; por ende el que quiſiere fazer tal demanda como eſta , debe pedir à el Juez que dè quien guarde en aquel pleyto ſus bienes.* A cuya deſciſion diò inteligencia la *Gloſ.* de el ſeñor Gregor. Lopez poniendo exemplo : *In eo , qui eſt vltra mare, vel extra Provinciam , ita quod venire de proximo non ſperetur.*

Con cuyas autoridades, y la del ſeñor Don Joſeph Vela *diſſert.* 39. *à num.* 53. verſ. *Cuius rei effectus* , que cõ el texto en la *l. ab hoſtibus, §. Ego autem, ff. ex quibus cauſ. maiores*, y otros muchos que junta, ſegun ſu coſtumbre, y con Menoch. Paz, Parlad. Gamm. Flores Diaz , Curia Filipp. & alijs, es de la miſma opinion , parece no tener duda averſe ſuſtanciado legitimamente el dicho con-

curso, por cuya razon, y porque caso que fuesse cierto aver padecido dicho defecto, este pudiera solo influir en el atrasso de los autos, y no en la substancia, y justicia principal de los creditos, escusamos fundar con mas extension lo justificado de aquel juizio.

ARTICVLO PRIMERO.

QVE LA DICHA DOÑA CATALINA DE Guzman incurriò en las penas de perjuro, por averse opuesto à las obligaciones que hizo, y corroborò con juramento, sin aver ganado relaxacion de èl, y que el incurso de dichas penas, no se resana por la relaxacion ganada despues de la litis contestacion, y los efectos que de ello resultan.

13 Considerando, que no ha sido bastante à contener el ansia de litigar de la parte contraria, ni la reverencia del juramento, ni la obligacion que debia confessar à estas partes, por averle socorrido con sus caudales, ni el consejo que San Augustin da a las mugeres casadas en la *homilia* 49. que refiere el erudito Tiraquel. en las *leyes connub. Glos.* 8. verb. *Son mari, num.* 1. *agrum tuum vendidit maritus pro necessitate sua, ferto fœmina: ferto ancila: noli litigare noli contradicere.*

14 Entramos à discurrir en este articulo con segura confiança de que V. S. tendrà presente el encargo que à los señores Juezes hizo el grave juizio del señor Don Juan del Castillo, en el *cap.* 59. *del tom.* 8. *de alimentis, num.* 11. his verbis: *Iudices ergo, & Senatus quicumque; & Regia etiam suprema Tribunalia causas, & lites, quæ ocurrent desidendo, & definiendo; in dubio non se faciles ad revocandum, aut infringendum obligationes iuratas mulierum ostendat. Imo pro illis, & vt serventur iuramenta, periuriaque vitentur severe se habeant.*

15 Con este supuesto, para venir en conocimien-

miento de la gravedad que contiene el oponerse à las obligaciones, y contratos jurados, sin ganar relaxacion de los juramentos, es de considerar, que con ellos se trae por testigo, y fiador de lo que se promete al mismo Dios, debaxo de cuya fee queda assegurado aquel à quien se haze la promessa; y no cumpliendose lo prometido, queda este defraudado en su confiança, y satisfaccion, y la autoridad de tan alta magestad (en algun modo) desayrada en su concurso, como lo cõsiderò el P. Leonard. Less. *de iustit. & iure, lib. 2 cap. 42. dub. 6. num. 26.* ponderando al *num.* 3. que el que no cumple lo que ofrece debaxo de juramento, y con la atestacion del nombre de Dios, *quantum in se est facit Deum approbare falsum pro verò, & socium, & adiutorem falsitatis.* Y despues execrando este delito, prosigue: *Hoc enim est magna iniuria in tantam maiestatẽ, quam ne committamus ante mors nobis præoptanda.*

16 En defensa, y desempeño de tan reverente, y sagrado vinculo, se han armado todos los derechos, imponiendo graves penas a los transgressores de tan debida observancia, como se puede colegir de los titulos *de iure iur.* assi en el Canonico, como civil, y Real especialmente en el *cap. si verò, de iure iurand.* en la *l. si quis maior, C. de transact.* y en otros infinitos lugares.

17 En este vltimo texto (que es el fundamẽto principal de la defensa de este Articulo) los Emperadores Arcadio, y Honorio, ponderaron la firmeça que da à los contratos el juramento, y despues de aver determinado su observancia, parece que no hallan penas bastantes para imponer a los transgressores: *Non solum* (dizen) *notetur infamia, verum etiam actione destitutus, & rerum proprietate careat, & emolumento quod ex ea pactione fuerat consequtus, &c.*

18 De las palabras de este texto se considera la justicia de estas partes, pues de ellas nace la excepcion que opusieron de perjuro, y que no debia ser oida la dicha

cha Doña Catalina; pero para fundar en que casos tiene lugar su decision, es menester satisfacer à algunas objecciones, que de las mismas palabras nacen, y se han opuesto de contrario para reconocer si estamos en los terminos de èl.

OBJECCION PRIMERA.

19 QVe el juramento, para que sea obligatorio, debe ser hecho libremẽte, no *metu, vel coactione extortum*. Y assi, que respecto de que la dicha Doña Catalina fue atemorizada por Don Pedro su marido, no quedò obligada por los juramentos que interpuso, *cap. non est obligatorium, de regul. iur. in 6.* cum similibus.

20 Esta objeccion pudiera aprovecharle à la parte contraria, para que los dichos contratos se ayan de rescindir por averse otorgado con miedo, y temor; pero no para satisfacer à la excepcion de perjuro opuesta, pues todavia se queda en pie la question de si aunque los dichos juramentos se huviessen interpuesto por miedo, ò temor para ir contra ellos, se reqniere relaxacion, en cuya question tenemos la decision del *cap. si verò, de iure iurand.* à donde el Pontifice Alexandro III. dixo: *Si verò aliquis quemquam gravissimo metu sub Religione iuramenti suum ius refutare coegerit, &c. Tibi duximus respondendum, quod non est tutum quemlibet contra iuramẽtum suum venire, nisi tale sit, quod observatum vergat in interitum salutis æternæ, nec nos alicui dare materiam volumus veniendi contra iuramentum proprium ne Auctores per iurij videamur.*

21 Con que tenemos clara, y evidente decision de texto Canonico, en que se determina no ser licito oponerse al juramento propria auctoritate, etiam que sea *gravissimo metu exactum*; esto es, *ante obtentam relaxationem*, en cuyo texto fundados llevan esta opiniõ, Juan Gutierr. *de iurament. confirmat. 1. p. cap. 57. num. 19*

&

& 20.Zevallos *commun.contra commun.q.*604.*à num.*2. *vbi veriorem,& tenendam esse dicit.*Lesius *de iust.& iure, lib.*2.*cap.* 42.*dubit.*6.*à num.*26.D.Molin.*de Primogenijs, lib.*2.*cap.*3.*num.*13.donde aunque dize, que lo contrario se tiene en la practica, lo reprueba Zevall. *vbi proximè,* diziendo ser la contraria, *verior,& tenenda etiam, quod adsit dolus in contractu,* P.Molin.*de iustit.& iur.disput.* 578.*num.*28.& ex pluribus alijs Faria *in Add.*ad D.Presìdent. Covarr.*lib.*1.*variar.cap.*4. *num.*45. Claud. Bertaz.*in Addit. ad Bertazol.cons.*480.*litt.B. vbi extendit opinionem etiam si iuramentum sit nullum, & cum alijs pluribus,* idem tenet D.Castill.*de Aliment.tom.*8. *cap.*59. *num.*14.vbi cum Fontanel.Thusc.Les.Cabreros, Amato,D.Valenç.Farinac.Hermosill. & alijs pluribus tener, & comprobat.

SEGVNDA OBJECCION.

QVE LA DICHA DOñA CATALINA queda enormissimamente lesa,è indotada, y que en estos terminos no se requiere ganar relaxacion de el juramento, por presumirse dolo en quien la hizo jurar.

23 LA contraria opiniõ de q̃ aun en estos terminos se requiera tambien relaxacion, es la verdadera, y mas comunmente seguida de todos los Autores de el Reyno, entre los quales Juan Gutierr. *in Repet. ad Authent.Sacramenta puberum,C.si advers.vendit. num.* 96. dize estas palabras: *Sed his non obstantibus contraria sentẽtia verior,& securior est,in animæ iudicio,& communis. Imò, quod hoc casu necessaria sit iuramenti relaxatio, alias enim periurus esset, qui absque prædicta relaxatione adversus iuramentum veniret.*

24 Y prosigue despues al mismo numero: *Atque ita in praxi semper fieri video, vt petatur prius rela-*

xatio, & absolutio iuramenti etiam si enormissima adsit lesio; & non audiatur, nec vidi hucusque agi contra iuramentum sine prædicta absolutione. & si ego essem advocatus in huiusmodi causa non consulerem, vt ageretur ad rescissionem contractus iurati absque eo, quod prius petatur relaxatio, &c. eandem opinionem tenet D. Molin. *de primogen. lib. 2. cap. 3. num. 25.* Azeved. *in l. 4. tit. 21. lib. 4. Recopil. num. 137.* Fachin. *lib. 8. controvers. controvers. 69.* Cancer. *variar. lib. 1. cap. 13. vers. Ex his*, D. Castill. *controvers. lib. 3. cap. 2. num. 26.* quos, & alios dat Faria vbi proximè.

25 Y finalmente, que conforme à Derecho Canonico, que es al que se debe estar en esta materia, vt tene. Cardinalis Thusc. *litt. A.* verb. *Absolutio, conclus. 58. per plures num.* se requiera relaxacion del juramento, *etiam dolo, metu, vel cum gravissima lesione extortum*; y q̃ de otra manera se incurra en perjuro yendo contra èl, ex D. Covarrub. *in epitom. de sponsal. part. 2. cap. 3. num. 2.* communiorem esse dicentem, & ex Immol. Abbat. Bologn. Ancarr. Fulgos. & alijs pluribus tenet Farinac. *2. p. fragment. n. 1273.*

26 Sin que aproveche el oponer el que quã do el contrato hecho con miedo, ò con lesion enormissima est alias à lege prohibitus, entonces no se necessita de relaxacion de juramento, porque este non firmat cõtractum, con que siendo prohibidas alias à lege las obligaciones de las mugeres casadas; y aviendo concurrido en estas miedo, y lesion, no se requiriò relaxacion.

27 Porque se responde, que, ò el contrato *secluso metu, vel enormissima læsione*, es alias prohibido *primo, & principaliter ob publicam vtilitatem*, ò es prohibido *primo, & principaliter ob vtilitatem privatam*, aunque secundariamente resulte vtilidad publica. En el primer caso no se valida el contrato, y assi no se requiere relaxacion. En el segundo, se valida, y se requiere; y assi despues de larga disputacion lo resuelve el P. Thom. Sanchez

chez *de matrim.lib.* 1.*disput.* 32.*n.* 7.verſ.*Sed rogabis*, *&* *num.* 12.

28 Con que como ſea cierto el que las obligaciones, y enagenaciones de caſos dotales, aunque ſon prohibidas, eſta prohibicion mira *primo, & principaliter*, la vtilidad particular, aunque ſecundario reſulte en vtilidad publica, vt tenet D. Menchac. *de ſucceſsion. creat. lib.* 3. §. 28 .*num.* 24.ibi: *Siquidem Reipublicæ non magis intereſt, quod ex ſuis civibus vnus poſſeſsiones in ſuo territorio ſitas habeat quam alius.* Et poſtea: *Idemque in alienatione fundi dotalis qui ad mulierem, vel ad alterum potius ex civibus perveniat parum intereſt Reipublicæ.*

29 Y lo miſmo ex Matienç. D. Covarrub. & alijs tenet P. Thom. Sanch. *dict. diſput.* 32. *num.* 11. ibi: *Bonum commune non leditur immediatè ex alienatione fundi dotalis non enim magis Reipublicæ inter eſt, vt ad virum perveniat quam ad alium ex cibibus.* Se ſigue que la enagenacion de la coſa dotal, ſe firma, y valida por el juramento, y que para ir contra ella ſe requiere relaxacion.

30 Y aſsi refutadas diferentes opiniones, y conſideraciones con que los Autores han querido explicar eſta materia, la reduce el ſeñor Menchac. en el lugar citado al *num.* 28. verſ. *Stat ergo*, à tres concluſiones. La primera es, *quod actus à lege prohibitus ob vtilitatem privatam principaliter, licet ſecundario ſit contra vtilitatem publicam iuramẽto firmatur.* La ſegunda, *quod non ſolum id iuramento valet, ſed etiam eius virtute firma manet diſpoſitio, & contractus ipſe.* La tercera, *quod id procedit, ſive probibitio dirigatur in perſonam mulieris, vel minoris alienare vetiti, ſive in res eorum*, & ita ex pluribus comprobat dicto loco.

31 Con que fundado, que la enagenacion de la coſa dotal ſe valida, y firma por el juramento; y que para impugnar eſte, aunque ſea *metu, vel cum læſione extortum*, ſe requiere relaxacion. Se manifieſta, que la dicha

cha Doña Catalina incurriò en perjuro, por averse opuesto à las dichas obligaciones juradas, sin aver obtenido la dicha relaxacion; y consiguientemente, que no debiò, ni debe ser oida, por obstarle la dicha excepcion de perjuro, la qual repele al actor *a limine iudicij*, Farinac. *tom. 2. decis. noviss. decis. 5. num. 1.* ibi: *Obstare D. Abbati agenti ad nullitatem pensionis exceptionem periurij, cum impugnet pensionem quam se iurabit soluturum, dicitur enim contravenire iuramento ob cuius reverentiam prius quam ageret debuit absolutionem petere.*

32 El mismo Farinac. 2. *tom. decis. posthum. decis. 46. & decis. 54. & 281. tom. 1. posthum.* ibi: *Vt nisi obtineatur absolutio denegari debeat audientia.* Julius Clar. *Recept. lib. 5. §. Periurium, num. 6.* Addit. ad Bertaz. *cons. 506. num. 7.* ibi: *Tertio cum ipse actor agat adversus transactionem iuratam nulla prævia obtenta relaxatione, & iam periurium commisserit non est audiendus.* Et ibi: *Vnde quando nulla intervenit absolutio non est scrupulus, quin periurus sit explodendus & non audiatur, quam dicit esse communem.*

33 Ni obstarà el replicarse por Doña Catalina; que ya se ha obtenido relaxacion de los juramentos que interpuso en las dichas obligaciones; porque se responde, que despues de aver incurrido vna vez en el perjuro, no aprovecha obtener relaxacion, idem Farin. *tom. 1. decis. noviss. decis. 701. num. 2.* ibi: *Nec valet dicere illum iam absolutionem obtinuisse, nam post incursum periurium non suffragatur absolutio iuramenti, nisi obtenta prius relaxatione à periurio iam incurso.*

34 Y en caso muy simil al nuestro, y casi de las mismas circunstancias, en las *decis. posthum. tom. 2. decis. 46. num. 2.* ibi: *Nec obstat absolutio obtenta die 31. Maij per Procuratorem, quia iam à die vigesima eiusdem mensis multi fuerunt celebrati actus, & postea à D. Hieronyma ratificati in proseqution e iudicij, & ideo incurso periurio non poterat peti relaxatio iuramenti, nisi prius petita absolutione periurij.*

La

35 La qual absolucion no la puede conceder otro que el Summo Pontifice, y estando opuesta la excepcion, y adquirido derecho al tercero, no la acostumbra conceder en su perjuizio, idem Farinac. vbi proximè, Cravet. *consil.6.num.93.* Addit. ad Bertazol. *cons.* 480.*litt.B.* ibi: *Nã si contravenerit iuratis absque absolutione, vel habilitatione nõ poterit absolvi nisi à Summo Põtifice*, Roman. *singul.*499.& alij plures. Y la razon porque aviendo vna vez incurrido en el perjuro, no se puede conceder absolucion en perjuizio de tercero, es, porque esta excepcion es *litis finitæ*, vt tenet idem Add. ad Bertazol. vbi proxime.

SATISFACESE A OTRAS OBJECCIONES opuestas por la dicha Doña Catalina.

36 HAse opuesto, que para que se llegue à incurrir en el perjuro, por no aver ganado relaxacion, es necessario que aya avido litis contestacion antes de ganarla, y que en este caso se ganò antes de la litis contestacion, y que assi no se incurriò en èl, *argum. l. amplius non peti, ff. rem ratam haberi*, & Glossæ *in dict. l. si quis maior*, verb. *Vel interpelando iudicẽ*, donde se dize, que antes de la litis contestacion *pars non petit, sed petere vult*, y de aqui sacaràn argumento à la pena del perjuro.

37 A esta objeccion se satisface manifiestamente con las palabras de la misma *l. si quis maior*, ibi: *Vel interpelando iudicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa*, donde los Emperadores deciden, que para incurrir en las penas de la dicha ley, basta la interpelacion, ò otro qualquier acto judicial, ò extrajudicial.

38 Y assi con autoridad de muchos, es de esta opinion Farinac. 2.*p.fragm.num.*1166. y al numer. siguiente satisface à la *l. amplius nõ peti*, y à la Glos. en la dicha *l. si quis maior*, y al num. 1167. funda, que esta opi-

nion corre sin duda quando se jurò no oponerse al contrato en juizio, ni fuera de èl ; y assi con Jacob. Butrig. Signorol. Bart. Baldo, Paulo de Castro, Angelo, Fulgos. Salic. Alexand. & alij tenet, & comprobat dicto loco, numer. 1161. y a los num. siguientes amplia *dictam l.* à todo genero de contravencion, antes, y despues de la litis contestacion, y aunque no se cite à la parte contraria, vt est videre apud eum.

39 Fuera de que en nuestro caso no padece duda alguna, que la dicha Doña Catalina incurriò en dichas penas; aun quando fuera cierto requerirse la litis contestacion para su incurso, porque quando se interponen muchos juramẽtos, es necessario ganar la relaxacion de todos, principalmente si se jura, no pedir relaxacion de los hechos, ò que si se concediere propio motu, no se vsara de ella, porque entonces se deben exprimir todos para obtener la relaxacion, y de otra manera se incurre en perjuro, Parlad. *rerum quotid. lib. 2. cap. 4. nu. 55. in fin.* ibi: *Sed neque illud erit oblivicendum si in contractu, vt hodie fieri ad solet, iuraverit contrahens, se absolutionem non petiturum iuramenti. Opportere huius quoque alterius iuramenti, vt petatur absolutio sicut admonet, Afflictis decis. 30. num. 5.* Farinac. *tom. 2. decis. noviss. decis. 5. num. 2.* ibi: *Nec refragatur Abbati absolutio obtenta à Vicario vrbis. Tum, qui à iuraverat non petere absolutionem, & obtentam non vti, quod erat exprimendum in absolutione, Felinus in cap. constitutus, de Rescriptis, num. 14. Roland. cons. 34. num. 6. lib. 1. Tum etiam, quia eam obtinuit post incursum per iurium, & propterea illi non prodest. Felinus cap. 1. de iure iurand. Roland. dict. cons. 34. num. 2. & alij plures.*

40 Con que queda manifiesto aver incurrido la parte contraria en dichas penas, sin que se pueda oponer que la *l. si quis maior, C. de transact.* habla solamente en las transacciones, y que no comprehende à las mugeres; y que por ser penal, no se debe estender su de-

ci-

cision, si no antes restringir, pues à estas, y semejantes evasiones satisface latissimamente Farinac. *in fragment. crim. p. 2. num.* 1142. à donde, y en muchos num. siguientes con Bart. Bald. Fulgos. Salicet. Alexand. y otros muchos, estiende la decision de dicho texto a todo genero de contratos, y personas.

41 Fundando al num. 1186. que el dolo que segun la opinion de algunos, se requiere para el incurso de dichas penas, se presume por el mismo hecho de la contravencion, ibi: *Et isto casu retenta opinione eorum, qui dixerunt dolum requiri ad incurrendas pœnas dictæ, l. probata contraventione censetur probatus dolus, qui propterea præsumitur, ex eo quod quis non observet promissa, & non faciat ea quæ facere debet*, & ita ex Cephal. Cardinal. Thusc. Roland. & alijs tenet dicto loco.

42 Lo estraño de las pretensiones contrarias nos ha hecho bien contra nuestra voluntad ser prolixos en la comprobacion de este primer medio de la justicia de estas partes, y mas quando algunos de los alegatos hechos ante el inferior son tan extraordinarios, que se pueden calificar por comprehendidos en la censura del Jurisconsulto, en la *l.* 1. *ff. de Senat.* ibi: *Nec vsquam audita, nec vnquam recepta imò, nec à sæculo relata in campum adferre solet.*

43 Como lo es el alegato de que el Procurador no pudo aver hecho incurrir à la dicha Doña Catalina en las referides penas, si no es con especial mandato, ad tradita per Farinac. *in repert. iudic. q.* 210. *num.* 1. & per Menoch. *de arbitrar. casu* 315. *num.* 24.

44 Siendo assi, que antes que su Procurador intentasse acto alguno judicial, la dicha Doña Catalina avia executado muchos de contravencion, y despues aprobò, y defendiò repetidas vezes todo lo hecho por sus Procuradores, en cuyos terminos no ay duda que incurriò en dichas penas, como arriba llevamos fundado, y se deduce de la doctrina del mismo Farinac. *loco proxi-*

ximè citat.donde con Marsil.y otros funda, que el Procurador haze incurrir à su dueño en dichas penas *data scientia,& tolerantia eius*, con lo qual passamos à fundar por otros medios la justicia de estas partes.

ARTICVLO SEGVNDO.

FVNDASE LA VALIDACION, Y FIRMEza de los dichos contratos, y obligaciones, por la interposicion del juramento.

45 AVnque en el Articulo antecedente supusimos la valiidacion de los contratos, y enagenaciones de cosas dotales, por la interposicion del juramẽto (maxime a *num*. 26. *vsque ad* 30. vbi ex D. Menchac. Thom. Sanch. & alij comprobabimus) sin embargo, como alli lo tratamos en orden a el incurso del perjuro por el defecto de la relaxacion de el juramento. Y aqui vamos à fundar para en la justicia principal su subsistencia, serà precisso acordar à V.S. algo de lo que los Autores escriven en esta materia.

46 No debe de ser nuevo en los Tribunales el pretender las mugeres casadas impugnar sus contratos jurados, pareciendoles, que como por derecho està prohibida la enagenacion de las cosas dotales, por la *l. vnic. §. Et si lex, C. de rei vxor. action. l.* 1. *& ferè per tot. tit. ff. de fund. dotali*, que el juramento no puede validar el contrato, y quiçà esta facilida obligaria a el Pontifice en el *cap. licet mulieres, de iure iurando, in* 6. à mandar à los Ordinarios Eclesiasticos, que compeliessen por censuras à los Juezes seculares à que hiziessen observar semejantes contratos.

47 Assi se colige de las palabras de la Decretal: *Licet mulieres, & c. quia tamen Judices seculares eas contra præfatas alienationes audiunt quamvis eis constet legitimè de huiusmodi iuramento. Nos animarum periculis*

lis obviare volentes eosdem iudices ad servandum hoc ius Canonicum per locorum Ordinarios censura Ecclesiastica decernimus compelendos.

48 A la misma observancia, y firmeça conspiran el *cap. cum contingat, eodem tit.* Y la otra Decretal de Bonifacio VIII. en el *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* Y no menos las Constituciones civiles en la *Authent. Sacramenta puberum.* Y en la referida *l. si quis maior, C. de transact.* que todas establecen la inviolable observancia de los contratos jurados.

49 Desuerte, que lo que considerò el Derecho Canonico para si se debe observar el juramento, ò no, son tres cosas. La vna la supone, que es la voluntad del que jura: y las otras dos son, que no sea en perjuizios de la salud eterna, ni de tercero; y teniendo estas tres qualidades, es indespensable su observancia, y queda firme el contrato, sea, ò no prohibido por el derecho civil pues esta prohibicion no la ignoraria el Pontifice, quando en el *cap. licet mulieres*, dispuso que los Juezes seculares hiziessen observar las enagenaciones dotales firmadas con juramento.

50 Y ya es cosa sabida, que en materia de juramento, como cosa espiritual, solo se debe estar à la disposicion Canonica, assi en Tribunales seculares, como Eclesiasticos, como lo funda el señor Don Juan del Castillo *de alimentis, cap. 59. num. 8.* ibi: *Verissimum esse iuris Canonici dispositionem de qua in dictis iuribus* (habla del *cap. quamvis pactum cum contingat.* Y *licet mulieres*) *ita in foro seculari servari debere sicut in foro Ecclesiastico, & practicari quotidie alienationes mulierum cum iuramento factas frequentissime sustineri, & sententijs diffinitivis observari, & defendi.* Y assi con Juan Gutier. Franc. Molin. Augustin Barbos. & alijs tenet, & comprobat.

51 Sin embargo de ser tan canonizada esta doctrina, ha avido muchos que la han querido perturbar con siniestras objecciones, diziendo, que semejantes

juramentos,no son dignos de observar, por oponerse à la prohibicion de leyes justas, y consiguientemente ser pecaminosos,maximè,quando la prohibicion de las enagenaciones de cosas dotales son de publica vtilidad; y que siendo prohibido el acto en que se interpone, consiguientemente lo es el juramento. A estas objecciones reduce Pedro Barbosa *in l. 1. p. 1. num. 69. cum sequent. ff. solut. matrimon.* y el señor Castillo vbi supra, *num. 6.* vers. *Prima difficultas*, todas las que se han opuesto contra la observancia del juramento; y à ellas latissimamente con August. Barbos. D. Covarr. D. Menchac. Thom. Sanch. Cald. Pereir. y otros muchos responden, y satisfacen de forma, que fuera superflua nuestra satisfacion.

52 Con que queda manifiesto, que el juramento que interpone la muger en la enagenacion de la cosa dotal, se debe observar, por no ser *in interitum salutis æternæ, neque in præiudicium tertij*, que son las dos qualidades que requiere el Derecho Canonico, antes si de la inobservãcia de èl, se sigue gravissimo perjuizio à los terceros contrayentes; con que solo nos queda que excluir la excepcion del miedo, para probar que concurriò la voluntad de la parte contraria en los que interpuso, que es el tercero requisito, y juntamente darèmos satisfaciõ à la indotacion.

ARTICVLO TERCERO.

SATISFACESE A LA EXCEPCION DE miedo, y violencia, opuesta por parte de Doña Catalina, y juntamente à la lesion, è indotacion.

53 HAse opuesto por parte de Doña Catalina, que para otorgar las obligaciones, y contratos sobre que se sufre este pleyto, fue atemoriçada, y violentada por Don Pedro Ponce su marido, y que de ellas quedò

dò enormissimamente lesa, y damnificada, y que en estos terminos no le obligan los juramentos que interpuso, conforme à lo que tan copiosamente juntò Noguerol en la *alleg. 29. per tot.*

54 Para satisfacer à esta objeccion, es necessario suponer, que Don Pedro Ponce se casò pobre, y sin caudal con la dicha Doña Catalina, y que està probado por estas partes, que Don Pedro era de muy afable, y blanda condicion, y que viviò siempre subordinado à la voluntad de Doña Catalina, la qual tenia toda la mano, y disposicion en su casa, y sin su voluntad, no se executava cosa alguna; y que juntamente era muy gastadora, y con las visitas, galas, dulces, y otros gastos superfluos, atrassò, y consumiò su caudal; y por el contrario D. Pedro fue siempre en sus gastos muy moderado, añadiendo todos de vista, y conocimiento el ser impossible que Don Pedro violentasse, ni induxesse temor à Doña Catalina, pues ella solo era quien mandava, y disponia todo lo que se executava en su casa.

55 Con que se viene en conocimiento de que estamos en distintos terminos de los en que escriviò Noguerol la *allegat.* 29. pues este al *num.* 9. dize, que los testigos de aquel pleyto, concluyeron todos la nimia crueldad, y sevicia del marido, y que publicamente se jactava, que solamente se avia casado por disipar, y vender el dote de su muger, añadiendo especificamente, que para el otorgamiento de la obligacion, de cuya recission se tratava la avia amenaçado, y castigado, y puestole vn puñal a los pechos.

56 No dudamos que Doña Catalina hizo su probança ante el inferior, pretendiendo justificar los mismos actos de amenaças, y crueldad de Don Pedro su marido; y que se valdra de los principios comunes, de que à vn testigo que depone del miedo, se le debe dar mas credito que à mil que depongan de espontanea voluntad; y que el miedo se prueba por indicios, y conge-

tu-

turas,que es el mateɹial de que compuso Noguerol su alegacion; pero à todas estas objecciones procurarèmos satisfacer, segun nuestra cortedad.

57 Cierto es, que los contratos hechos con miedo, y temor son validos *mero iure*, como que el que lo padece elige antes consentir en aquello à que es violentado, que padecer el riesgo con que es oprimido; y à esto mira lo que se dize en el derecho de que *voluntas coacta voluntas est*, y la disposicion del texto en la *l. si mulier, §. Si metu, ff. de eo, quod metus causa*, que dispone, que el que con miedo *addit hæreditatem efficitur hæres*, y lo que con el señor Covarr. Navarr. Molin. Donel. Menoch. Thusc. y otros trae el señor D. Juan de Larr. *alleg. 35. n. 3.*

58 Pero como el miedo, y la violencia son contrarios à la voluntad, y consentimiento, *ex l. velle non creditur, ff. de regul. iur.* por esso el Pretor considerando no ser volũtario el consentimiẽto primido no aprueba, antes rescinde todo lo executado por miedo, ò temor, *vt ex l. 1. & toto tit. ff. de eo, quod metus causa*, colligitur.

59 No puede ser mas santa, y justa disposicion que la que prohibe, y rescinde todo lo executado con temor, y violencia; pero de disposicion tan justa ha abusado desuerte la malicia humana, que se ha venido à experimentar ser cierto lo que refiriẽdo las palabras de vn grave Autor, dize el señor Larrea: *Sic maiorem plerumque perniciem afferunt, quæ sapientissime in salutem excogitata videbantur.*

60 Y por esta razon, y ser tan de nuestro intento, referirèmos las palabras con que empieça, impugnando el intento de las mugeres que se oponen à las obligaciones que hizieron con sus maridos, despues de aver consumido la vtilidad que percibieron de ellas, dize assi al *num. 2. Nam vxores illorum etiamsi in magnam vtilitatem earum cesserit conductio, quia egentes, & necessita-*

sitate rei familiaris, cum vrgerentur, necessaria non solum vitæ, sed voluptati affluenti pecunia habuerunt, postea cum amaritis quod debent exigi intenditur, adversus obligationum ab eis factam, oponunt metum reverentialem, vel Realem, & in dotationem ex quibus intendunt obligationem frustrari, QUÆ RES SEMPER FALSIS TESTIBUS DOLIS, ET FALACIJS COMPROBATUR.

61 No ay duda que el señor Larrea hablò con experiencia, y que comprehendiò lo que en semejantes intentos sucede; pero nosotros añadimos, que no solo es esto cierto, sino que no serà la primera vez que se aya experimentado que la malicia de la muger se aya confederado con la del marido, y ayan acordado entre si, que el marido se muestre cruel delante de algunos testigos, y la muger se finja violentada para otorgar lo mismo que les esta bien, y desean, y oponer despues en perjuizio del tercero, que inocente entrega su caudal, semejantes excepciones.

62 Esto supuesto, el miedo que la parte cõtraria quiere dar à entender que padeciò en el otorgamiento de estos contratos, se excluye por diferentes medios; el primero es, por ser cierto que el dicho Don Pedro Ponce era de muy afable, y benigno natural, y assi era incapaz de influir terror, ni violencia en la dicha Doña Catalina; y como quiera que para que el miedo sea bastante a rescindir el contrato, es necessario que sea inducido por hombre de aspera, y terrible condicion, y que estè acostumbrado à poner en execucion las amenaças, se sigue que Don Pedro Ponce no pudo inducir à la dicha Doña Catalina, miedo que sea bastante à recindir dichos contratos.

63 Que se requiera la qualidad de poner en execucion las amenaças para que el miedo sea bastante à recindir el contrato por induccion, se prueba del texto en la *l. vnic. C. si quis Imperatori maledix.* ibi: *Vt experso-*

sonis hominũ dicta pensemus. Y mas à proposito de la *l.famosi,ff.ad l.Juliã maiest.*ibi: *Nã, & persona spectãda est, & an potuit facere, & an ante quid fecerit.* Y mas en terminos de la *l.metũ,C.de his quæ vi,*ibi: *Metũ non iactationibus tantum, vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit.* Y assi con estos textos, diziendo ser comun opinion con Salicet. Aret. Abbate, Ancartan. Alexand. Felin. Decio, Crot. Vitali, Jacob. D. Covarrub. Decian. Bursat. Flamminio, Mascard. Anton. Gabriel. Enriquez, Ludovic. Lopez, & alijs tenet, & sequitur Thom. Sanch. *de matrim.lib.*4.*disp.* 1.*n.*20.

64 Y al *num.*21. funda, que aun no basta que el que induce el miedo sea acostumbrado à poner en execucion las amenaças, *vt sic*, si no que es precisso que se pruebe que es acostumbrado à executar amenaças de aquella especie, conforme à la doctrina de Bald. Cino, y Alexand. que refiere dicto loco.

65 Y en la misma opinion, y la del numero antecedente reside en la *disput.*6. *eiusdem lib.*4. donde con los mismos Autores, y otros que añade, la funda, y comprueba, y otros muchos trae por la misma opinion Farinac. *in* 2.*p.fragment.crim.* verb. *Metus, num.*94. y cõ Matienç. Mogoll. y otros, Hermosill. *in l.*56.*tit.*5.*part.*5. *glos.*2.*num.*22. y con el señor Covarrub. Anton. Gom. y otros muchos, Phebus *decis.*26.*num.*7. y Gaspar Anton. Thesaur. *forensium, lib.* 1.*q.*51.*n.* 1.*lib.* 1.

66 Con que siendo constante, y notorio, que Don Pedro Ponce fue de tan blando, y afable natural como està comprobado por la probança de estas partes; y que no solo no era acostumbrado à poner en execucion amenaças algunas, pero ni aun à prorrumpir en ellas, respecto de ser la dicha Doña Catalina quien tenia al mando, è imperio en su casa, se reconoce ser incierto, y afectado el miedo que ha querido probar, y se viene à hazer cierto lo que dixo el señor Larrea vbi supra, *qua res semper falsis testibus dolis, & falacijs comprobatur.*

67 Es tan evidente, y cierto lo que llevamos sen-

sentado, que no pudieran estas partes desear para su defensa mas de que à V.S. le constara lo notorio que es en dicha Ciudad, que D. Pedro Ponce era incapaz de causar miedo à la dicha Doña Catalina, antes si sin agravio de su bondad se puede dezir, que su muger era el hombre de la casa, y èl era la muger de ella, practicandose en los susodichos los efectos que ocasiona el casar hombre pobre con muger rica, pues como dixo Jubenal en la *sat.6.*

Intolerabilius nichil est quam fœmina dives.

68 Y por esta causa se escusava Prisco, siendo pobre, de casarse con muger rica, por no ser èl la muger, y que su muger quisiesse ser el marido, como lo da a entender Marcial en el celebrado distico.

Vxorem quare locupletem ducere nolim
quæritis? Vxori nubere nolo meæ.

69 Pues como dixo cierto Poeta Griego, à quien traduce, y refiere el erudito Tiraquel. *in ll. connub. l.5. glos. 1. p.5. n.6.*

Nam si quis pauper, pecuniosam vxorem
duxerit. Non vxorem, sed dominam habet
cuius est famulus, & servus.

70 Donde assimismo refiere las palabras de Silio Basio, apud Senecam *in 6. controvers. lib. 2. Omnes vxores divites servitutem exigunt. Crede michi volet Regnare in suis divitijs.*

71 Estas, y otras erudiciones sacadas de la experiencia trae en nuestros mismos terminos para exclusion del miedo el señor Don Juan de Larrea en la referida *allegat.35. num.16.* donde refiere las palabras de Plauto. *Argentum accepi, dote imperium vendidi.* Y al mismo concepto cita à Nevisano, Æneo, Roberto, Casaneo, y otros, à los quales no nos ha pesado aver visto, por no ser notados de voluntarios en la aplicacion de estas autoridades, pues aviendose valido de ellas tan graves Autores, no quedaran en terminos de mera eru-

di-

dicion, si nò de medios juridicos.

72 El segundo medio por donde se excluye el miedo opuesto de contrario (aun caso negado que lo huviesse avido) es la ratihabicion, ò nuevo consentimiento de la dicha Doña Catalina, con el qual quedò purgado qualquier miedo que pudiera aver avido; pues es cierto que el acto que en su principio fue vicioso propter metum, se valida, y confirma *propter ratihabitionem, vel novum consensum metus passi, l. 2. C. de his quæ vi, l. 28. tit. 11. l. 49. tit. 4. p. 5.* & ita cum Bartulo, Mascard. Menoch. Trentacinq. Meneses, Ant. Fabr. y otros, D. Larrea *dict. alleg. 35. n. 13.*

73 Y este nuevo consentimiento, ò ratihabicion se prueba, è infiere de la observancia subsecuta de los contratos, y de los actos geminados subsequentes, *veluti si ex contractu metu facto pluries executio facta fuit*, porque en estos casos se purga el miedo, y se induce ratihabicion, y nuevo consentimiento, vt cum Baldo, Socino, Parisio Decian. & *argum. l. quæ oneranda, ff. quarum rerum actio non detur*, tenet D. Larrea, dicto loco, *num. 14.*

74 Y aunque se oponga de contrario, que los actos de ratihabicion que hizo la dicha Doña Catalina, fueron durante la vida del dicho su marido, y que por subsistir la causa del temor se presumen hechos con el mismo vicio, porque para que este cesse, ha de cessar la causa que lo induxo; se satisface à esta objeccion, suponiendo, que pudiera tener lugar, quando el marido fuera tan poderoso, y formidable, que ni la muger en algun tiempo huviera podido huir à lugar seguro, ni ampararse del Juez, ò de los parientes, pero si despues de otorgados los contratos pudo hazer esta diligencia, y la omitiò, es consentir en ellos, conforme à la doctrina de Panormitano *in cap. 1. de his quæ vi*, donde dize estas palabras: *Hoc intelligo quando maritus erat ita potens, quod verosimiliter timuit, sed si mulier posset fugere ad locum tutum,*

tum, non esset escusata toto tempore mariti vitæ, las quales refiere el señor Larrea *dict allegat. n. 15. in fine*.

75 A esta misma specie de defensa conduce el no aver hecho Doña Catalina protesta alguna al tiẽpo que dize fue violentada por su marido para otorgar estos contratos, pues no ay cosa mas sabida, y facil entre las mugeres, quando padecen alguna violẽcia, que protestar el que la padecen para quedar resguardadas, como sucediò en el caso en que escriviò Noguerol la 29. y siendolo, no ay duda que su omission da à conocer que voluntariamente se otorgaron, y que es afectado, y fingido el miedo que se supone, sic D. Larrea *vbi proximè, num.* 10. *&* 19. his verbis: *Sed etiam metus excluditur quando ille, qui facilè potuit protextari metum quo ad faciendum contractum inducebatur, illum protextari omisit quia tunc videtur approbare contractum cum metus expressionem facere potuit*, & sic cum Cravet. Bartul. Bald. Alexand. Tiberio Decian. Hondedeo, Angelo, Croto, Jasone, Albano, Bursato, Pereyr. Thusc. Navarr. & Thomas Sanch. tenet dicto loco.

76 Y para esforçar esta defensa, conducen todos los efectos que el mismo Noguerol en la 29. al *num.* 68. pondera, que nacen favorables à la muger de la protestacion, scilicet, que por ella se prueba el miedo, y se conoce la contraria voluntad, y animo contrario, &c. pues faltando esta, no ay duda que se discurrirà lo contrario.

EXCLUYESE EL MIEDO POR OTRO medio mas eficaz, y concluyente.

77 PAra entrar à fũdar este medio, bolvemos à acordar à V. S. lo que consta de todo el contesto de los autos; y se ha probado, assi por aquella, como por estas partes *S. L. T.* que Don Pedro Ponce casò pobre con Doña Catalina, y que al matrimonio no se traxo mas

caudal, ni nunca le huvo, que el dotal de la susodicha. Y tambien, que al tiempo que se otorgaron los contratos de estas partes, no avia quedado mas que el molino, y olivar que oy possee Don Lucas de Yllescas, que fue la hipoteca de dichas obligaciones, lo qual es constante, y manifiesto en el hecho.

78 Esto supuesto, no ay duda que de la misma manera que el marido que tiene caudal, debe de èl alimentar à la muger que casò sin dote, y à la familia; de la misma forma la muger debe alimentar de su dote al marido, y familia, quando este no tiene caudal, y sufrir todas las demas cargas del matrimonio, *vt ex l. si cum dotem. §. Si maritus. ff. soluto matrimon.* ibi: *Quid enim tam humanum est? Quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel vxorem viri participes esse*, tenent Speculat. *tit. qui filij sint legitim. §. Vnico, num.* 40. Castill, *in l. 61. Tauri, num.* 24. Azeved. *in l. 9. tit. 3. lib. 5. Recop. num.* 33. Matienç. *in eadem l. glos.* 4. *num.* 2. Surd. *de aliment. tit.* 1. *quæst.* 35. *num.* 6. *&* 7. *& quæst.* 33. *num.* 69. & alij plures.

79 De forma, que si los frutos de los bienes dotales no son bastantes para alimentar al marido, y familia, y llevar las cargas del matrimonio, se deben enagenar los bienes, assi muebles, como rayzes, para dicho efecto, y la enagenacion es valida, y subsistente; porque la prohibicion de enagenar los bienes dotales, cessa en caso de necessidad, y se permite para los alimentos de la familia, Azeved. *in l. 9. proxim. citat. num.* 32. ibi: *Nam necessitas famis efficit, vt res dotalis pro alenda vxore, & filijs vendi possit.* Palacios Rubios *in Rub. §.* 17. *num.* 17.

80 Lo mismo *ex l. Mutus, §. Manente, ff. de iure dotium, & ex l. Divus, ff. de petit. hæredit.* funda el señor D. Juan del Castill. *de aliment. cap.* 58. *num.* 29. ibi: *Et verè si aliunde alimenta percipi non valerent, sive non alias familia vxor, & maritus ali possent, quam si fundus, aut res dotalis alienaretur, nec fructus rei ipsius ad alimenta*

suf-

sufficerent nullo pacto nullaque ratione alienatio prohibetur cum nulla sit causa necessaria.

81 Y despues al mismo numero prosigue, his verbis: *Nec in his terminis considerari potest an mulier indotata remaneret, necne consideratio namque ea, quæ in voluntaria alienatione, sive non cogente necessitate, facta, locum haberet, aut in alijs alienationibus considerari solet, minimè adaptari potest ad causam alimentorum, cum necare videatur qui alimenta ex alienatione feudi dotalis denegat si alias famis, & vitæ necessitati consultum esse non possit.*

82 Y assi con Anton. Fab. Pet. Surd. Barbos. D. Gregor. Lopez, Hermosill. Franch. Tiraq. Baeça, Palacios Rubios, Fontanel, & alij tenet, & comprobat, & cum Ripol. Censal. Gratian. Leonsil. Hodiern. & alij Joann. Paulus, Meli in Addit. ad D. Castill. *dict. cap.* 58. *num.* 12. & 13.

83 Y en tanto grado es cierto lo referido, que la enagenacion de cosa dotal que se haze para dicho efecto (etiam que la muger quede indotada, iuxta tradita à D. Castill. *supr. proxim.*) se dize ser vtil, y necessaria à la muger, sin que obsten las palabras de la *l.* 61. *Tauri*, ibi: *Pero si la muger lo que se convirtiò en provecho de ella fue en las cosas que el marido le era obligado à dar, assi como vestir, y comer, y las otras cosas necessarias, &c.*

84 Porque como el marido pobre no està obligado à lo referido, antes si la muger està obligada à alimentarlo, y à la familia, se entiende serle vtil lo que gastare en dichos alimentos; y assi entienden la dicha ley 61. de Toro, Matienç. *ad eam, glos.* 4 *num.* 2, *in fine*, ibi: *Ex hac lege probari versum censeri in vtilitatem vxoris, quod à viro inope expensum fuerit in alenda vxore cum ad id non teneretur, vt dixi, & probatur in hac lege. Si ergo maritus ei dare non tenebatur; in vxoris vtilitatem versum esse censebitur.*

85 El mismo concepto funda Thom. Sanch.

de

*de matrimon.lib.9. disput.4.num.*28. ibi: *Unde pecunia in alimentis expensa, dicetur conversa in vxoris, vel filiorum vtilitatem: nam versum dicitur in vtilitatem vxoris, aut filiorum quod in ipsis alendis à viro in ope ad id non obligato expensum est.* Lo mismo funda D. Larrea *dict. allegat.* 35.*num.*27. y Azeved. loco proximè citat.*num.*32.

86 Lo fundado desde el num.77. ha sido necessario para inferir dos consequencias; la primera es, que la muger puede, y debe alimentar al marido, y familia de sus bienes dotales, aunque sea enagenandolos; y la otra, que esta enagenacion, aunque por ella quede indotada, se dize serle vtil, y necessaria.

87 De estas dos consequencias, la primera nos aprovecha para la exclusion del miedo, que es lo que vamos fundando; y la segunda, para la de la lesion, è indotacion, à que passarèmos despues, pues es constante, y cierto, que no aviendo en el matrimonio de Don Pedro, y Doña Catalina mas bienes que los dotales, y que no bastando los frutos del molino à que se avian reducido, para los alimentos de la familia, como està justificado, estava Doña Catalina obligada à vender, y obligar el dicho molino para alimentar al dicho su marido, hijos, y familia; con que aviendo executado aquello à que estava obligada, aunque lo executara por miedo, y temor, no se puede aprovechar de esta excepcion para impugnar los dichos contratos; porque el que haze por miedo lo que sin èl debia hazer, no puede impugnar lo que hizo por este pretexto, pues el miedo que intervieне en el acto que estava obligado a hazer el que lo padeciò, no recinde el contrato.

88 Esta conclusion se deduce del texto en la *l. si mulier, ff. quod metus causa, l. iniuriarum, §. Is qui iure publico, ff. de iniurijs, l. quod principis, ff. de aqua plub. arcend. l. quemadmodum, §. Magistratus, ff. ad leg. Aquil. iuncta glos.* verb. *Cepissent,* & verb. *In factum,* donde se prueba, que quando el miedo se infiere para que se execu-

cute lo que se debe executar, no rescinde lo hecho en su virtud, vt latè comprobat Hermosill. *in l. 56. tit. 5. p. 5. glos. 1. num.* 106. donde con Bart. Fabro, Decio, Roland. Rebuff. Garc. Vbesembeq. Azon, & alij, funda, *quod quãdo metus iuxte infertur non recindit contractum, quia iuris exequtio, nec metum, nec iniuriam infert.*

89 Lo mismo funda Farinac. *in fragment. crim.* 2. *p.* verb. *Metus, num.* 21. *Vbi metum iustum esse dicit non solum quando iure permittente fuit illatum, sed etiam quando id quod fit metu esset de se iuxtum, & licitum, & adhoc metum passus obligatus esset, vnde si quis alteri minetur contra ipsum facturum, vt aliquid sibi promittatur detur, aut fiat ad quod obligatum esset res illa gesta, non videtur per metum, quia qui rem agit metum sibi metipsi intulit, non autem qui iuxte minatur.* Idem tenet Thom. Sanch. *de matrim. lib.* 4. *disp.* 9. *n.* 8.

90 Con que fundado que la dicha Doña Catalina estava obligada à alimentar al dicho su marido, y familia, y que para ello debia vender sus bienes dotales, por no bastar los frutos de ellos; se infiere, que aunque el dicho Don Pedro la atemoriçasse para el otorgamiẽto de dichos contratos este temor, no la puede aprovechar para rescindirlos, por aver sido inducido para la execucion de lo que la susodicha estava obligada à hazer.

DASE SATISFACCION A LA EXCEPcion de lesion, è indotacion.

91 HAse opuesto por parte de Doña Catalina, que estos contratos, y obligaciones se deben recindir; porque por ellos quedò enormissimamente lesa, y totalmente indotada: y por estas partes se ha replicado, que sin embargo, y aunque sea cierta esta lesion, è indotacion (abstrayendo de lo arriba fundado que la excluye) adhuc se deben mantener por la iuterposiciõ del juramento.

92 En esta question *S L T*: si las obligaciones de las mugeres casadas, ò las enagenaciones de las cosas dotales validadas con juramento (que lo mismo corre en las obligaciones, que en las enagenaciones, como lo advierte D. Castill. *de aliment. cap.* 59. *nu.* 61. vers. *Et pro Regula*) se deben rescindir, quedando la muger indotada, y enorme, ò enormissiamente lesa? Es tanto lo que los Autores han escrito, que a nuestra cortedad antes sirve de confusion, que de claridad, y podemos muy bien dezir: *In opem me copia fecit.*

93 Pero cumpliendo con nuestra obligaciõ, procurarèmos exprimir el concepto que hemos hecho de lo que en esta materia hemos leìdo; y en primero lugar Noguerol en su apassionada *alleg.* 29. desde el *num.* 106. hasta el 147. trae quarenta Autores por la opinion afirmativa, y dize ser tan comun esta opinion, que afirmar lo contrario serà temeridad.

94 El fundamento de esta opinion, que debiò de empeçarse à practicar en el Senado Pedemontano, segun Anton. Thesaur. *decis.* 223. y que se ha practicado en el Real Consejo de Castilla, segun Noguerol tiene su apoyo en la equidad, y en la presuncion del dolo que interviene en la lesion enormissima, como lo dà à entender D. Castill. vbi supr. *num.* 58.

95 La contraria opinion negativa defiende el señor D. Juan de Larrea *dict. allegat.* 35. *num.* 26. y por ella cita grande numero de Autores. Otros muchos, que passan de quarenta, refiere el señor Castill. desde el n. 61. no pocos trae Burgos Salon de Paz *cons.* 3. *&* 5. y no menos Hermosill. *in l.* 22. *tit.* 5. *p.* 5. *glos.* 5. *num.* 41. con que si se regulan los votos, està opinion es seguida de muchos mas que la antecedente, y de superior autoridad; con que el seguirla no serà tan temerario, como dize Noguerol.

96 El fundamento de esta opinion se deduce de las Decretales que van referidas en el *cap. quam-*

vis

vis pactũ; Licet mulieres; Cum cõtingat, & Ex rescripto. Y assi lo expressò Anton. Thesaur. que es el Aquiles de la opinion contraria en la referida *decis.* 223. *num.* 13. his verbis: *Verum ego semper existimavi hanc secundam opinem veriorem, vt mulier iuramento obligetur etiam si omnino indotata remaneat. Cum omni à iura Canonica simpliciter, & indistinctè loquantur; & solum excludant casum quando iurammentum inducit periculum animæ, & salutis æternæ, præsertim textus in cap. Ex rescripto, & in cap. Cum cõtingat, de iure iurand. & in cap. Quamvis pactum, & ita in facti contingentia ego condemnavi ad observantiam iuramenti non obstante absolutione obtenta ad effectum agendi cum possit illud iuramentum servari, sine dispendio salutis æternæ.*

97 En la explicacion de estas dos opiniones, y en la confutacion de otra tercera, como concordia de ellas, que de Pedro Barbos. *in l.* 1. *ff. solut. matrim. nu.* 52. refiere el señor Castill. *dict. cap.* 59. *num.* 63. gasta cinco, ò seis hojas desde el num. 58. hasta el 66. y queda tan indeterminable, como se puede reconocer de su leccion, si bien siempre inclinado a esta segunda opinion, como lo expressò antes en el mismo *cap.* al *num.* 6. vers. *Difficilius.*

98 A donde escrive estas palabras: *Difficilius autem, aut nunquàm ex dolo, re ipsa proveniente: hoc est enormi, aut enormissima læsione S L T, quia vxor in totum, vel in magna parte indotata remaneat; alienatio rerum dotalium cui vxor non contravenire iuravit revocãda sit, cum tertius qui bona fide contraxit interveniat, & is nec malam fidem aliquam habuit. vtpotè cum rem dotalem ex consensu mariti, & vxoris, & iuramento eiusdem alienatam emerit, & in emendo, rem licitam iureque ipso Pontificio approbatam, & auctorizatam fecerit.*

99 Y despues prosigue ponderando, que es mas justo socorrer al tercero que con buena fee comprò, que no a la muger que con juramento se obligò à

no contravenir à la venta, etiam, que quede indotada, pues el derecho Canonico solo considerò el perjuizio de tercero, y no del contrayente que consintiò en la vẽta, y declara su sentir à favor del tercero, y contra la muger en fuerça de la decision de dichas Decretales; y en conformidad de lo contenido en este numero dize se ha de entender lo que escriviere desde el *num.61. eiusdem cap.*

100 Despues al *num.65.* vers. *In conflictu*, despues de aver ponderado los fundamentos de vna, y otra opinion, prosigue en estas palabras, que por ser de este gravissimo Autor, que tan ex professo toca la materia, nos serà licito repetirlas: *In conflictu ergo duarum opinionum quæ inter se pugnant, & referuntur supra num.58. & 61. viderint alij, & diiudicent an secunda dicto nu:61. commemorata prævalere debeat, quæ tribus Pontificijs decisionibus comprobatur, quibus non modo læsio attenditur, imo neglecta videtur; an verò observanda sit prima, de quo num.58. quæ solà præsumptione, aut ratione præsumpta subsistit.*

101 Postea al mismo *vers.* prosigue, his verbis: *Nec ob præsumptionem adeo falacem, & quæ potest plerumque deficere, recedere licet ab expressa dictarum Decretalium Constitutione, vt arbitror, licet in praxi aliter receptum fuerit, & cũ casus occurrerit matura deliberatione definiendum resolvendumque erit, atque ita ne benignitatis prætextu contra expressam iuris constitutionem procedatur.*

102 Despues al vers. *Hac autem opinione*, explica en la conformidad que se debe entender lo que el mismo Autor escriviò en el *lib.3.cap.3.controvers.* desde el *num.50.* en orden al *cap.quamvis pactum, de pactis in 6.* que habla de la renuncia que la hija haze de la legitima de los padres, en cuyos terminos dize se le debe socorrer si padeciò lesion enormissima con las limitaciones que allì se contienen; pero en terminos del *cap.cum*

con-

contingat, y el *cap. licet mulieres*, dize debe obsservarse lo contrario, his verbis:

103 *Aliter tamen statuendum in terminis dict. cap. cum contingat, & dict. cap. licet mulieres, & etiam in terminis l. 61. Tauri, quando mulier se obligavit cum iuramento ad favorem tertij, etiam si enormissima læsio inde resultet, & mulier ipsa indotata remaneat, cum remanere indotatam, vel non, & enormissimam læsionem contingere in eisdem Pontificijs Decretalibus consideratum non fuerit, vt sæpè repetitum manet.*

104 En esta conformidad explicò su sentir este gravissimo Autor en la question propuesta, sin la consideracion de las circunstancias que concurren en nuestro caso, y llevamos ponderadas, con que no ay duda que consideradas estas, serà mas cierta su resolucion, y se tendrà por desestimable la lesion, è indotaciõ opuesta de contrario, y el miedo, y temor afectado con que se han querido impugnar estos contratos, con lo qual passamos à otro medio de defensa de estas partes.

ARTICVLO QVARTO.

MANIFIESTASE, QVE EL CONTRATO de Gaspar Fernandez, en que sucediò el Lic. D. Lucas de Yllescas, es justo, y licito, y no padece vsura, ni injusticia alguna.

105 EN 26. de Abril de 675. Gaspar Fernandez Castellanos vendiò à Don Pedro Ponce, y à la dicha Doña Catalina de Guzman 508. cabeças de ganado cabrio en precio de 17200. reales, que avian de pagarle en tiempo, y espacio de seis años, y en el interin que no se las pagavan, con las condiciones siguientes.

La primera condicion es, que en el interin que los dichos D. Pedro, y su muger pagavan los dichos 17200. reales, le ayan de dar à Gaspar Fernandez 27. arançadas

de olivar,con ſu caſa,termino de dicha Ciudad , al Paguillo de los Arahales (porque aunque ſuenan treinta, no ſon mas de veinte y ſiete , como eſtà juſtificado por teſtimonio q̃ eſtà en los autos)para q̃ goze de ſus frutos en dicho tiempo.

2. Que ſi en algun año de los dichos ſeis pagaren la dicha cantida,aya de ceſſar el gozo de dicho olivar.

3. Que ſi pagaren antes de cumplirſe dichos ſeis años,aya de quedar dicho olivar en arrendamiento , à precio de tres ducados la arançada.

4. Que Don Pedro , y ſu muger ayan de entregar el primero año el dicho olivar arado de dos rexas,y ſi no pudieren,le han de dar el ſegundo vna rexa.

5. Que ſi en qualquiera de dichos años pagaren dicha cantidad,teniendo Gaſpar Fernandez arado el dicho olivar,aya de gozar ſu eſquilmo, ſin pagar renta alguna.

6. Que los reparos que ſe hizieren en dichas caſas,ayan de ſer de cuenta de Don Pedro,y ſu muger.

7. Que ſi los frutos del dicho olivar valieren mas que los de las cabras,ò por el contrario , ſe hazen donacion vnos à otros de la demaſia.

8. Que ninguna de las partes han de poder alegar dolo,engaño,ni leſion,agua ,fuego,ni eſterilidad , porque el contrato es igualmente a rieſgo de las partes.

Con cuyas condiciones,y las demas ordinarias de aradas,cortas,y labores,ſe celebrò dicho contrato.

106 En 16.de Agoſto de 677.el dicho Gaſpar Fernandez vendiò al Lic.Ylleſcas el dicho credito con las miſmas condiciones , y eſta venta la aprobaron los dichos Don Pedro,y ſu muger;y el Lic. Ylleſcas deſembolsò los dichos 17200. reales en manos de Gaſpar Fernandez.

107 En eſte Articulo, mas defenderèmos à Gaſpar Fernandez,que al Lic. Ylleſcas , aſſi porque la juſticia de eſte nos parece tan clara, que neceſſita de poca

ca defensa, como porque Gaspar Fernandez se obligò a la eviccion de hecho, y de derecho, y està emplaçado para que salga à la voz, y defensa de este pleyto.

108 Y assi suponemos, que para con Don Lucas no son adaptables las doctrinas, que aunque ineficazmente se han querido ponderar contra Gaspar Fernandez, pues Don Lucas desembolsò en manos de Gaspar los dichos 17200. reales; y de este desembolso, no percibieron vtilidad alguna Don Pedro, y Doña Catalina, ni por entonces remediaron con este dinero necessidad alguna, con que cessan las presumpciones de que los necessitados, optimidos de su pobreça, confiessan quanto les piden los acreedores por remediar su necessidad, y que son como los navegantes, que arrojan sus bienes à la mar por salvarse de la tempestad que padecen, como pondera el señor Don Lorenço Matheu *de re crim. decis.* 40. *num.* 66. *y* 67. que de contrario se han querido aplicar contra estas partes, pues no se puede dezir, que porque el Lic. Yllescas les remediò su necessidad otorgaron contrato que les fuesse perjudicial, ni Don Lucas contratò con D. Pedro que estava necessitado, si no con Gaspar Fernandez, que era muy rico, y acomodado.

109 Cinco, ò seis casos trae el señor Matheu en la 40. en que los contratos son ilicitos, y padecen vsura, trae como se comete en el mutuo, y en el cãbio, y en la venta, quando se vende mas caro al fiado, ò quando se compra mas varato, porque se anticipa la paga, ò la mohatra, quando se vende muy caro habita fide de precio, y luego el que comprò le buelve à vender al que vendiò por mas baxo precio. Y finalmente la *Anticresis*, que es quando el que padece necessidad vende la cosa por muy baxo precio con pacto de *Retrovendendo*; porque en este caso se presume, que el comprador mutua al vẽdedor aquel baxo precio, y toma en prendas la cosa que vale mas, mientras no se le paga lo que prestò. Esta especie trae al *num.* 108. y parece es la que la parte contra-

ria

ria quiere aya avido en nueſtro caſo , ſegun ſus alegatos.

110 Y en nueſtro corto ſentir eſte caſo es el mas diſimil del nueſtro, pues en èl no vendiò el neceſſitado, ſi no Gaſpar Fernandez, que tenia muchas conveniencias, ni las cabras ſe vendieron por mas, ni menos de lo que valian, ſi no por ſu juſto precio, ni huvo pacto de *Retrovendendo*, que ſon las tres calidades de la *Anticreſis*; con que el lugar del ſeñor Matheu no es adaptable à nueſtro caſo, ni contra Gaſpar Fernandez, ni mucho menos contra el Lic. Ylleſcas.

111 La eſpecie de contrato, que verdaderamente intervino en nueſtro caſo, es la de la *l. curabit Præſes, C. de action. empt. & vendit. Curavit Præſes Provinciæ* (dize el Emperador) *compelere emptorem, qui nactus poſſeſsionem rei fructus percepit partem præcij quam pœnes ſe habet cum vſuris reſtituere, &c.* De modo, que todas las vezes que el comprador recibe la coſa, y percibe ſus frutos, es muy juſto, y equo que pague los reditos, y vſuras del precio que retiene, ò no ha entregado al vendedor.

112 A la eſpecie de eſte texto mueven los Autores la queſtion propriſſima de nueſtro caſo, ſcilicet, ſi el que vende la coſa habita fide de pretio, puede pactar con el comprador, cui data eſt dilatio adſolvendum in initio contractus, que mientras no le paga el precio, le pague annuatim alguna cantidad en nombre de vſura recompenſatoria de los frutos que percibe de la coſa comprada.

113 En cuya queſtion la opinion de que el dicho pacto es juſto, y licito, como la cantidad que ſe pacta no exceda veroſimilmente de lo que el comprador percibiere de frutos, tiene por ſi, ademas de la equidad, y deciſion de dicho texto, el comun apoyo, y ſentir de los Autores, ſic Carlev. *de iudic. lib. 1. diſp. 8. ceſsion. 5. num.* 48. D. Covarr. *lib. 3. variar. cap. 4. num.* 5. verſ. *Septimo,*

mo,ibi : *Septimo eadem inspecta radice, & ratione decisionis probatur venditorem pascici licite posse vsuras pretij nõ soluti, etiam data dilatione adsolvendum, non tantum in genere, sed expressa ab initio certa quantitate : quæ tamen verisimilis sit, & appareat conveniens.*

114 Y despues en el mismo numero passa à responder à la oposicion que se puede hazer à la conclusion referida, y dize assi : *Nam licet id quod interest non possit deduci sub certa quantitate, quia adest fraudis suspicio, nichilominus si certa quantitas deducta sit in pactum, quæ verosimilibus coniecturis conveniens sit quantitati, quæ verè intersit, valebit profecto conventio, in vim probationis deductæ ex verosimilibus coniecturis.* Et ita ex Bald. Purpurato, Decio, Cagnol. & alijs tenet dicto loco. Y lo mismo repite *in repetit. cap. salubriter, de vsur. num.* 3. *illat.* 4.

115 El apoyo de este gravissimo Autor, que tan acervo contrario fue de las vsuras, bastava para correr seguros en esta opinion; pero son tantos los que la siguen, que casi no se hallarà alguno que la dude (à lo menos de los que nuestra cortedad aya visto) siendo de los que mas en nuestros terminos la defiende por derecho Canonico, que es al que se debe estar en esta materia, Bertazol. *cons. crim. tom.* 2. *cons.* 540. *num.* 2 ibi : *Praeterea certum est hanc speciem contractus, quo emptor promittit in recompensationem fructuum percipiendorum ex re sibi vendita, & tradita donec pretium solverit aliquid solvere venditori, valere: nec labe vsurarum notari posse etiam iure Canonico. Et quod de iure Canonico tales vsuræ admittantur tanquam licitæ non est ambigendum.* Et ita ex Socin. Cagnol. D. Covarrub. Anton. Gabriel, Bapt. Lup. Geminian. Zephal. Pancirol, Joseph. Ludovis. & alijs in numeris tenet dict. loco *num.* 4. a donde refiere diferentes decisiones de la Sacra Rota.

116 Lo qual corre indubitablemente, quando la dilacion adsolvendum *non est simpliciter concessa,*

si no con el pacto de que mientras no se pagare el precio aliquid solvatur, porque entonces no se puede dezir propiamente que se concede dilacion, Claud. Bertazol. *in Add. ad patrem suum, dict. consil.* 540. *litt. C.* ibi: *Si dilatio non est concessa simpliciter, sed cum pacto quod interim quid solvatur illud solvi potest, ac debet, & isto casu non est verum dicere proprie dilationem esse asignatam*, & ita ex Paul. de Castr. Immol. Alexand. Decio, Abbat. & alijs tenet, & comprobat.

117 La misma opinion en terminos de venta de vnas vacas, defiende, y comprueba Cyriac. Nigr. *controvers.* 259. por toda ella; y Fachin. *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. vers. *Verum istis non obstantibus, eorum sententiam probabiliorem esse iudico, qui eiusmodi conventionem, & pactum approbant, & absque vsuræ labe fieri posse contendunt. Si modo vsuræ taxatæ quantitas non excedat fructuum quantitatem, qui verisimiliter ex re vendita percipiuntur, ac percipi solent.* Et ita ex Castrens. Alexand. Decio, Paris. Cognol. Ancarran. D. Covarrub. & alijs tenet Curia Philip. 2. *tom. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 31. *in fin.*

118 La misma sigue, y defiende Farinac. *in Repert. contract. q.* 35. *§.* 2. *num.* 1. à donde con muchos Autores funda, que esta opinion *est magis communis, & in practica tenenda*, contra la qual, aunque se pueden oponer algunas consideraciones violentas a todas ellas, responde disolviendolas Fachin. *dict. cap.* 32. ex vers. *Ad primum vsque in finem.*

119 Y finalmente, la razon en que se funda esta opinion, como en vasa principal la trae Fachin. *dict. loco vers. Probatur* (dize) *hæc sententia, quia si nulla dilatione data ad solvendum tenetur emptor vsuras præstare ex æquitate, l. curabit Præses: ergo nichil prohibet, quin id ipsum quod lex approbat, & constituit in conventionem deduci queat.*

Ni obsta el dezir, que respecto de que el interesse *est à principio incertum, & dependet à futuro eventu, non po-*

poteſt taxari à principio, niſi poſtea probetur, vt ex Felician. Cephal. Thom. Sanchez, & alijs refert Carlev. *de iudic. lib. 1. tit. 3. diſp. 8. ſeſſ. 5. num. 47.* porque à dicha opoſicion reſponde el miſmo Carlev. conſiliando las dos opiniones al *num.* 50. his verbis: *Secundo conſiliantur, quod taxatio facta à principio non valeat in vim conventionis, ſed in vim confeſsionis, & probationis quaſi emptor in hoc contractu taxans intereſſe venditoris, & ſe obligans illud ſolvere confiteatur tantum venditoris intereſſe, quantum in pactum ſit deductum; vt hoc modo evitetur probationis difficultas.* Y al *num.* 51. ſiguiente trae otra conſiliacion comprobandola, *ex l. fin. ff. de Prætor. ſtipulat.* & ex D. Covarrub. Decio, Pariſ. & alijs.

120 Y en nueſtro caſo no es adaptable la razon de dudar, porque ſi eran inciertos los intereſſes de Gaſpar Fernandez, y los frutos de las cabras vendidas, tambien lo eran los frutos de los olivos que ſe recibieron; con que no ay duda que en quanto à eſſo fue reciprocamente igual el contrato, porque de vna, ni otra parte ſe taſsò coſa cierta.

121 Y finalmente, en nueſtro caſo todo ceſſa, atendiendo à que eſtas partes no gozaron los frutos del olivar mas de quatro coſechas, como conſta de teſtimonio que eſtà en los autos; y en el juizio de concurſo ſe le diſcontò al Lic. Ylleſcas lo que importò el demas tiempo por arrendamiento de dicho olivar.

122 Menos obſta el dezir, que deſpues del contrato las dichas cabras ſe murieron, y menoſcabarõ; porque ademas de que en eſte particular deponen los teſtigos con variedad, y ſin concluir con alguna, aun quando ſea cierto lo referido, no es de atender, reſpecto de aver ſido accidente que ſobrevino, à cuya contingencia no eſtava obligado el vendedor, y aſſi el daño, ò futuro eventu que ſobreviene, no es de conſideracion, *l. verum, §. Sciendum, ff. de minoribus*, ibi: *Nec eventus damni reſtitutionem indulget, ſed inconſulta facilitas, l. ſi ea lege,*

ge,C.de vsuris, ibi: *Propter incertum fructuum eventum placita rescindi non possunt, l.si ea pactione, C.eodem, l.1.C. de pact.* Fachin.*lib.*8.*controvers.cap.*36. vers.*Fundamentum.*

123 Y aunque parezca que la quinta condicion, que contiene, que si algun año pagasse Don Pedro los 17200. reales, despues de tener labrado Gaspar Fernandez el olivar, avia de gozar aquella cosecha, sin pagar arrendamiento alguno, contiene alguna desigualdad; esta no es de atender, porque no llegò a executarse, por no aver pagado Don Pedro antes, ni despues de dicho tiempo, ademas de que son tantas las costas de labores del olivar, que es muy corta la vtilidad que le dexan al que los labra. Y lo mismo sucediò en quanto à la quarta condicion, pues esta tampoco la cumplieron Don Pedro, y su muger, ademas de que no fue en tiempo de el Lic. Yllescas.

124 Y para que se acabe de reconocer la equa, y verosimil tassacion de emolumentos que entonces se hizo, es de atender la consideracion siguiente. Las 27. arançadas de olivar que dieron los compradores, aunque se considere por arrendamiento à treinta reales cada vna, podian redituar 810. reales los 17200. reales; del valor de las cabras reditùan à razon de cinco por ciento 860. reales al año, con que ya reciben los compradores cinquenta reales mas de emolumentos.

125 Mas: los olivares para su beneficio necessitan de mas costas que las cabras, como es notorio: luego los compradores recibian à menos costa mayores emolumentos. Ademàs de que como enseña la experiencia, las cabras al cabo del año redituan vn tanto por tanto, y los olivares aun no llegan à redituar vn cinco por ciento, como se reconoce por sus arrendamientos: luego el contrato fue en notoria vtilidad de los dichos Don Pedro, y su muger, y se reconoce, que el averle opuesto la parte contraria tan indigna excepcion,

mas

mas es por escusarse de passar por lo que otorgò, y jurò, que porque contenga desigualdad, ò injusticia alguna.

ARTICVLO QVINTO.

EN QVE SE COMPRUEBA, QUE DOña Catalina debe hazer excursion en los bienes de su marido, y la ocultacion de bienes que ha hecho.

126 NO se puede dudar que este juizio se intentò intempestivamente contra estas partes, porque conforme a derecho, la muger que pretende reintegrarse en su dote, primero hà de hazer excursion en los bienes del marido, que recurrir contra los terceros posseedores, D. Olea *de cession. iur. tit.* 3. *quæst.* 7. *num.* 19. ibi: *Non solum adversus maritum, sed etiam adversus bonorum dotalium possessores, dummodo prius excutiantur mariti bona*; & ita ex Anton. Fabro, Fontan. D. Castill. Joan. Bapt. Toro, Giurba, & alijs tenet dicto loco, donde aconseja nos guardemos de los que aconsejan no ser necessaria excursion por favorecer la causa dotal.

127 Y no solo excursion como quiera, si no exacta, y rigorosa, de tal suerte, que evidentissimamente conste que el marido no tiene, ni dexò bienes de que pagar la dote, *vt ex l. si constante, ff. solut. matrim.* ibi: *Et constat ex inde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime appareat mariti bona, & facultates ad dotis exactionem non sufficere*; & ex Batt. à D. Covarrub. relato, *lib.* 2. *variar. cap.* 6. *num.* 8. *vers. final. in l. in rebus, C. de iure dotium.* Vbi docet, *testes deponentes de inopia mariti in specie dictæ l. si constante, minimè probare; nisi addiderint manifestissimum esse maritum esse pauperem*, & ex Ant. Gom. Giurb. Mario Muta, Fontanel. Amato, & alijs tenet D. Olea vbi proximè, ibi: *Si contra virum agatur minorem probationem requirere si verò contra tertios possessores plenum, & exactam requiri.*

128 La misma opinion defiende el señor D. Juan del Castill. *controvers. lib. 4. cap. 40. nu. 68.* illic: *His tamen non obstantibus Senatus contrarium de iure definivit. Videlicet necessarium esse, quod pracedat excusio in bonis mariti antequam perveniatur ad istos tercios possessores,* & ita ex Glos. Bart. Jason, Croto, Lancelot. Decio, Campeg. Riminald. Nata, Capel. Surd. Barbos. Joseph. Ludov. & alijs pluribus tenet.

129 Y al mismo numero, vers. *Et quod necessarium sit*, con Andr. Gail. Anton. Gabriel, Ludovic. Morot. y Vincent. de Franch. funda la misma opinion de que es necessaria la excursion en los bienes del marido, antes de venir contra los terceros posseedores.

130 Y passando à indagar el modo de excursion que se ha de hazer, assienta, que es necessario citar à los posseedores, y que se declare primero si el marido tiene otros para pagar, para passarse à reconvenirlos, aũque conste que el marido no tiene bienes cõ que pagar, ibi: *Idem Blasius Diaz de Mena in Addit. ad Gammam, decis. 322. vers. Quintum: dixit, quod citatio possessorum requiritur ad excursionem contra principalem etiam si constet eum nulla alia Bona habere prater ea in quibus excursio facta fuit.*

131 Del mismo sentir es Pedro Barbos. *in l. si constante, ff. de solut. matrim. num. 60. & 61.* à quien refiere D. Castill. vbi proximè, à donde resuelve, *quod si mulier agat adversus tertios possessores, tunc oportet pracedere sententiam qua pronuntietur maritum non esse solvendum, iuxta Authent. hoc si debitor. C. de pignorib.* Y que respecto de que la accion que assiste à la muger contra los terceros posseedores, es solamente *in subsidium*, en qualquiera parte del pleyto se puede poner la excepcion de defecto de excursion.

132 De lo referido hasta aqui se infiere, que la dicha Doña Catalina no ha intentado legitimamente este juizio, porque antes debiò hazer excursion rigoro-

sa

ſa en los bienes de ſu marido,con citacion de eſtas partes,y declararſe,que no avian quedado bienes para pagar ſu dote para recurrir contra ellos,en caſo que le aſſiſtieſſe derecho para ello.

SATISFACESE A LA EXCVRSION HEcha de contrario, y ſe comprueba la ocultacion de bienes hecha.

133 HAſe preſentado de contrario vn inventario hecho de los bienes que quedaron por muerte de ſu marido,y vna informacion de como no quedaron mas bienes de los contenidos en èl, con cuyos inſtrumentos ſe pretende aver cumplido con la excurſion que debe hazer en los bienes de ſu marido.

134 De la miſma inſpeccion de eſtos inſtrumentos ſe reconoce el dolo, y cautela con que de contrario ſe ha obrado,y la grave ocultacion de bienes que ha cometido,para lo qual es de ſuponer,que vn Governador de las Islas de Tenerife,y la Palma, que tenia por muger à vna ſeñora como la parte contraria, dos hijos Cavalleros,moços,y dos hijas, que la vna casò con el Marquès de Villanueva del Prado, y que tendria los criados, y alhajas correſpondientes à familia de tanto luſtre,y que ſe hallava en aquel Govierno,ſolo le inventariaron al tiempo de ſu muerte los bienes ſiguientes.

135 Vna cama, que ſe dize valdria ſeſenta reales,dos colchones, quatro ſabanas, quatro almohadas,vna colcha,ſeis taburetes, vn eſcritorio, y quatro baules vacios.

136 No ay duda que ademas del buen obrar de Don Pedro Ponce, le huviera ſu pobreza adquirido creditos de Juez rectiſſimo,y deſintereſſado, ſi ſu Govierno huviera ſido en aquel tiempo, y Republica en que el politico Bobadilla dize,que los Juezes hazian inventario de ſus bienes à la entrada,y la ſalida de ſus Go-

vier-

viernos; pero como quiera que se reconoce, que es impossible que Don Pedro tuviera solamente los bienes inventariados, tocarèmos las consideraciones que en quanto à este particular conducen à la defensa de estas partes.

137 Para lo qual es de suponer, que el acto de ocultacion de bienes contiene dolo, y como tal, y por executarse oculta, y secretamente, se reputa por de dificultosa probança, *Glos. in l. in actionibus* 5. *ff. de in litem iurand. l. 2. tit.* 11. *p.* 3. *l.* 5. *eod. tit.* Barbos. *in cap. sicut, de probat.* & *num.* 1. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *casu* 108. *ex num.* 6.

138 Y por esta razon contra la muger que amueve los bienes de la herencia del marido, por la dificultad que ay de probar los bienes ocultados, se concede à los interessados juramento in litem, el qual no se concede si no es quando ay dolo, y en casos de dificultosa probança; *l. si cundos, §.* 1. *ff. rerum amotarum*, habla en terminos de ocultacion de bienes hecha por la muger, ibi: *Si mulier res quas amobit non reddat æstimari debere quanti in litem vir iuraverit.* Farinac. *in fragment. crim. litt. I. num.* 996. & 1002. ibi: *Iuramentum in litem semper defertur contra criminosum ad probationem rerum ablatarum.* Mascard. *de probation. conclus.* 832. *num.* 16. *tom.* 2.

139 Con que estamos en terminos de la regla vulgar, de que en los casos de dificultosa probança, que se remiten al arbitrio del Juez, se prueban por indicios, y presumpciones, y que muchas que cada vna de por si no aprovechan, se juntan para hazer prueba, vt ex Bart. Grato, Thusc. Conrad. & alijs tenet Farinac. *consil.* 158. *num.* 2. & 3.

140 Y no es necessario que los indicios, y presumpciones sean *iuris*, antes basta que sean *hominis*, vt in simili tenet Farinac. *consil. lib.* 2. *cas.* 108. *num.* 112. ibi: *Nec verum creditur, quod ad probandam falsitatem non ad-*

admittantur præsumptiones hominis: quoniam generale est, quod vbi iura admitcunt præsumptivam probationem tunc admissæ censentur non solum præsumptiones iuris, sed etiam hominis, & ita ex Abbat. Decio, Marsil. Bosio, Cephal. Menoch. & alijs comprobat.

141 Y dà la razon concluyente, *quia verum est quod in casu in quo præsumptiones validæ, & sufficientes admittuntur de necessitate intelligendum est de præsumptionibus hominis, quia præsumptiones iuris non remituntur arbitrio iudicis.*

142 En cuyo consejo junta este Autor diferentes presumpciones, *hominis, idest, per discursum deductæ, quæ animum iudicis ad non aliter credendum impellunt*, para probar vn caso semejante de dificultosa probança.

143 Y en nuestro caso concurren los indicios, y presumpciones siguientes, que vehementemente arguyen la dicha ocultacion.

1. Averse hecho el inventario en partes tan remotas, y sin citacion de los interessados.

2. No tener la solemnidad del juramento que en todos se acostumbra poner, ni la clausula de que si en algun tiempo parecieren mas bienes se añadiràn al inventario.

3. Que la informacion que se diò para probar, no avian quedado mas bienes que los contenidos en el inventario, fue diez y siete meses despues de su confecciõ, con que se manifiesta, que aviendo reconocido sus defectos, è inverosimilitud, lo quisieron esforçar con esta diligencia tan irregular, y afectada, como de ella misma se reconoce.

4. El que no solo es inverosimil el que el dicho Don Pedro Ponce dexasse tan pocos bienes, y de tan corto valor, si no que es impossible, y ageno de toda creencia, el que naturalmente pudiessen vivir con los que estan en el inventario, pues faltan en èl todos los necessa-

rios para alimentarse ; y exercer los demas actos de la vida humana, y no se podia passar sin algunos vestidos, armas, y alhajas, ni todos los de la casa podian dormir en vna sola cama, y otras consideraciones que ocurren à qualquiera mediano juizio.

5. Que algunos testigos declaran, que Don Pedro Ponce tuvo otros bienes en sus casas, pero que eran prestados, y al tiempo del inventario el Escrivano dà fee de no aver otros en la casa, con que los dueños de ellos vendrian immediatamente que espirò Don Pedro, y se los llevarian, lo qual es increible.

6. Que el Escrivano en la primera diligencia, dize, aver encerrado en los baules alguna ropa, la qual no se halla en el inventario.

7. Que como se ha alegado, y no contradicho de contrario, el Capitan Don Pedro Ponce, hijo de D. Pedro, traìa, y de presente trae mas de veinte mil pesos de caudal, que el dicho su padre le diò, con que ha andado comerciando.

8. Que tambien es publico que à la hija que casaron con el Marquès de Villanueva del Prado, le dieron vna cantidad de dote muy considerable.

9. Que quedaron dos mercedes de Abito, que se le concedieron à D. Pedro por sus servicios, de las quales diò Doña Catalina à otra hija en dote la vna en quatro mil ducados, como consta de la escritura dotal que està en los autos.

10. Que assimismo diò Doña Catalina à la dicha su hija otros dos mil ducados en joyas de oro, y perlas, y vestidos muy ricos; y para que no se pudiera arguir que esto se dava del caudal ocultado, se puso en la escritura dotal en nombre de D. Antonio su hijo, siendo estas alhajas impropias de vn Cavallero moço.

11. El viage que Doña Catalina hizo desde las Canarias a la Ciudad de Ezija, trayendo toda su familia con grande obstentacion, y galas, lo qual no se pue-

de

de hazer ſin grandes gaſtos , y caudal.

12. Los gaſtos tan crecidos que ha hecho en el ſeguimiento de eſte pleyto , que ha mas de ſiete años que dura, todo lo qual no ſe puede hazer ſin caudal.

144 A que ſe llega , que aun haſta oy no ſe ſabe ſi el dicho Don Pedro murió abinteſtato , ò ſi hizo teſtamento , porque la parte contraria ha ido huyendo de todos los medios por donde ſe pueda venir en conocimiento de ſi dexò caudal,ò no.

145 Todas eſtas congeturas, *ſi lapides loqui ſcirent*, como dize Farinac. al dicho *conſil.* 208. *num.* 2. dixeran aver avido grande ocultacion de bienes , y cautela en el modo de proceder,pues como dize eſte Autor *ideo negari non poteſt quin etiam cogant animum iudicis ad non aliter credendum,& ideo ex eis oriri indicium indubitatum dubium non eſt.*

146 Porque juntas,y conſideradas todas ellas *inducunt indubitabilem veritatem,quia multitudo indiciorum producit veritatem ante oculos mentis ſicut clara lux ante oculos corporis* , vt tenet idem Farinac. *conſil.* 158. *num.* 90.

147 Por todas eſtas razones ſe redarguyeron de falſedad el inventario,è informacion preſentados de contrario,y quedaron ineficaces,y ſin fuerça alguna, conforme à la *l.* 116. *tit.* 18. *p.* 3. y aunque deſpues ſe quiſieron esforçar con la comprobacion , ò ratificacion de teſtigos que ſe hizo,eſta padece el miſmo defecto , por no averſe hecho legitimamente,pues eſtando diſpueſto por la *l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *Recop.* el termino que ſe ha de ſeñalar para las probanças que ſe huvieren de hazer en las Islas de Canarias por el auto de la juſticia de la Ciudad de Ezija,en que ſe mandò hazer la dicha comprobacion,no ſe ſeñalò termino alguno , ni ſe cumpliò con las demas ſolemnidades de dicha ley, con que no fue poſſible à eſtas partes acudir à las dichas Islas à ver hazer dicha comprobacion,pues eſtando en voluntad de aquella parte el ha-

hazerla quando quisierã, no avian de estar estas partes à la mira para quãdo à la contraria le pareciesse hazer dicha comprobacion, como con efecto la que se hizo fue diez y ocho meses despues de despachada la requisitoria, y assi se redarguyò de nuevo de falsa.

148 Con que reduciendo à epilogo la defensa de estas partes, parece queda fundado el que la contraria no debe ser oida, por averse opuesto à las obligaciones que validò con juramento, y aver incurrido en perjuro. Que las obligaciones fueron firmes, y validas, mediante la interposicion de los juramentos; que es incierto, y afectado el miedo que de contrario se ha querido probar; y que no se puede aprovechar de la excepciõ de lesion, è indotacion, pues aũ quando sea cierta adhuc se deben mantener los contratos; que el de venta de Gaspar Fernandez Castellanos en que sucediò el Lic. D. Lucas de Yllescas, fue justo, y licito, y no padeciò vsura, ni desigualdad alguna; y que la parte contraria ha ocultado muchos bienes del dicho su marido, de los quales en fuerça de la excursion que debe hazer, se ha hecho pago de su dote, y assi no puede recurrir contra estas partes.

149 A cuyos fundamentos se llega la consideracion de que los 24ꝟ. rs. del credito del Convento de Santa Ynès, y los 12ꝟ. del de la Capellania de Don Juan Castellanos, son dote tambien del dicho Convento, y Capellania, igual, y aun superiormẽte privilegiados, que lo puede ser la parte contraria, mediante cuyas razones, y las demàs que V.S. supliendo el defecto del Abogado de estas partes, tendrà muy presentes, esperan se revoque la sentencia del inferior, y tener favorable determinacion. Salva in omnibus T. I. I. Q. S. D. C.

Lic. D. Juan de Godoy.